

LA IMPORTANCIA DE LA RESERVA EN LA SINGULAR CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO BANCARIO DE CAJAS DE SEGURIDAD

Julio ÁLVAREZ RUBIO*

SUMARIO: I. *El deseo de reserva absoluta como determinante en la tardía aparición del contrato.* II. *La reserva como clave en la función económica singular del contrato y en la determinación de su naturaleza jurídica.* III. *La reserva como clave en la caracterización del negocio como contrato consensual y de consumo.* IV. *La reserva y su influencia en el régimen de responsabilidad del banco*

DESDE EL surgimiento del contrato bancario de cajas de seguridad en el tráfico mercantil, ha sido frecuente la polémica doctrinal en torno a la naturaleza jurídica del negocio. Sin embargo, entendemos que los análisis realizados en torno a la misma, resultan, en su mayoría, fragmentarios, pues dejan de lado una de las finalidades básicas del contrato, como es el deseo de reserva absoluta que persiguen los usuarios de la caja y que propicia, no sólo una singular estructuración funcional del negocio, incorporando a este la cesión de uso, sino también un origen histórico tardío, una función económica original y ciertas peculiaridades en materia de responsabilidad, como a continuación se intenta demostrar.

I. EL DESEO DE RESERVA ABSOLUTA COMO DETERMINANTE EN LA TARDÍA APARICIÓN DEL CONTRATO

El contrato de cajas de seguridad es un contrato de aparición tardía.¹ La imposibilidad de acometer con plenas garantías, hasta hace apenas un siglo,

* Profesor de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria

¹ LA LUMIA, I., *I depositi bancari*, Turín, 1913, p. 198, resalta la novedad del contrato, surgido a consecuencia de los avances técnicos y mecánicos de los últimos años y sin relación directa con ninguna figura histórica, por mucho que con algunas presente similitudes evidentes.

la triple finalidad de máxima seguridad, secreto y acceso directo al habitáculo que se pretende con el negocio, es la causa de que éste no cuente con verdaderos antecedentes en la *praxis*, resultando los avances técnicos determinantes en el surgimiento de la figura contractual tal y como hoy la conocemos.²

Los *horrea publica*, institución propia del Derecho Romano, son el referente más próximo, desde un punto de vista jurídico y económico, del contrato de cajas de seguridad. La idoneidad física y estructural de los habitáculos para cobijar bienes de elevado valor, el papel activo del *horrearius* en el desempeño de la vigilancia debida, la natural onerosidad del negocio y el carácter personalísimo del mismo hacen que ambas figuras se encuentren muy cercanas en su configuración jurídico-formal. Pero es, sobre todo, el elemento de cesión de uso del espacio, presente en el *horreum*, el que asemeja definitivamente ambos contratos, al propiciar, como en las cajas de seguridad, que el usuario tenga el control directo del habitáculo,³ permitién-

² De la importancia que tiene la posibilidad de mantener en secreto lo alojado en la caja de seguridad para el usuario de la misma da cuenta Papanti-Pelletier, quien sitúa como clave del contrato, no sólo el deseo de custodiar en condiciones de máxima seguridad el bien sino también el de guardar en secreto, aun frente al titular del establecimiento, efectos, datos e incluso sentimientos de su vida íntima. Así, después de hablar *della tutela del patrimonio spirituale e materiale dell'individuo*, señala:

Al contempo, un'altra esigenza diffusa e meritevole di apprezzamento nel comune sentire è rappresentata dal bisogno avvertito dall'individuo di celare fatti o sentimenti della vita privata alla altrui –talvolta morbosa– indiscrezione, e di sottrarre oggetti, o più spesso documenti, che di essi costituiscono tangibile testimonianza, alla conoscenza non solo della generalità dei consociati, ma anche del custode-affidatario (PAPANTI-PELLETIER, P., *Cassette di sicurezza e responsabilità del banchiere*, Milán, 1988, pp. 1 y 2).

No parece, pues, tan sencillo situar el origen histórico de la caja de seguridad ubicándolo en el momento en que al ser humano le surge, sin más, la necesidad de salvaguardar su patrimonio, como sostiene GÁLVEZ DOMÍNGUEZ, E., *Régimen jurídico del servicio bancario de cajas de seguridad*, Granada, 1997, p. 3. La necesidad que satisface este contrato es, en nuestra opinión, mucho más compleja, estando la aludida por Gálvez suficientemente cubierta por el contrato de depósito.

³ El propio *Digesto* sanciona expresamente este uso exclusivo: *Digesto*, 1, 15, 2 y 3: [...] *cella effringitur vel armarium vel arca*. En cuanto a la entrega de la llave al usuario del servicio, ver *Digesto*, 19, 2, 56 y *Digesto*, 18, 1, 74; en este último precepto se hace referencia a la entrega de la llave *apud horrea* lo que, sin duda, implica la necesidad de proceder a la entrega de la llave en el momento de la puesta a disposición del habitáculo cedido.

dole un acceso directo al mismo⁴ y garantizándole, en última instancia, el máximo secreto pretendido. Tal estructuración, completada por la ubicación del compartimento bajo la órbita posesoria del arrendador, de quien se ha de requerir una siempre necesaria cooperación para acceder al habitáculo, configuran un peculiar sistema de “coclausura”, así como singularizan decisivamente la custodia a ejercer por el *horrearius*, convirtiéndola en indirecta, en lo que no es sino una constatación más de la gran similitud existente entre las dos figuras contractuales.

Lógicamente, esta semejanza material, implica una naturaleza jurídica negocial semejante, objeto de controversias doctrinales casi idénticas,⁵ y, en la práctica, genera muy parecidos problemas en orden a determinar el

⁴ *Ma già negli horrea dell'età imperiale romana non soltanto si ricevevano oggetti in custodia, ma addirittura si ponevano a disposizioni dei privati degli scomparti speciali, che nelle fonti sono designati coi nomi di armaria, cellar, arcae [...] e di cui i privati stessi, pagando un certo compenso, potevano usare liberamente per conservarvi metalli preziosi, merci [...]* (LA LUMIA, I., *op. cit.*, p. 196). Hay tres cuestiones en este breve párrafo que resultan especialmente interesantes de cara a la reflexión que estamos haciendo: en primer lugar, la referencia a la *puesta a disposición*, que va mucho más allá que el simple deber de custodia, en segundo lugar, la descripción de algunos compartimentos como *especiales*, lo que nos hace pensar en pequeños huecos específicamente preparados para albergar objetos de no gran tamaño pero posiblemente de gran valor, fuera éste material o sentimental, y, por último, la posibilidad del uso libre, con lo que ello significa de ausencia de injerencias y de control, siquiera directo, del custodio en relación con lo que “acontece” en el interior del habitáculo.

⁵ Habría que matizar, no obstante, que las vacilaciones doctrinales entre depósito y arrendamiento son mucho menores en el caso de los *horrea* que en el de las cajas de seguridad, fundamentalmente porque en el primero de los casos la propia terminología utilizada en las normas que vertebraban el régimen jurídico del contrato apostaba claramente por el alquiler en detrimento del depósito, siendo denominado *locator* el prestador del servicio y *conductor* el usuario del mismo, lo que no sucedía en el contrato de cajas de seguridad, el cual, por el contrario, vio como, al carecer de régimen jurídico específico, le fue aplicado, en muchas ocasiones, el propio del depósito, con la consiguiente confusión, al menos, nominal. Sobre la terminología aplicada a las partes en el *horreum*, ver MALAVE OSUNA, B. y E., DOMÍNGUEZ LÓPEZ, “La responsabilidad del *horrearius* por las mercancías depositadas en los almacenes”, en *La responsabilidad Civil. De Roma al Derecho Moderno, IV Congreso Internacional y VII Congreso Iberoamericano de Derecho Romano* (coord.), MURILLO VILLAR, A. Burgos, 2001, pp. 310 y ss. y también CANNATA, C. A., “Su alcuni problema relativi alla locatio horrei nel Diritto romano classico”, en *Studia et documenta historiae et iuris*, Roma, 1964, p. 239; asimismo VITALI, G., *Il servizio bancario delle cassette di sicurezza*, Florencia, 1975, p. 7, hace hincapié en la terminología para defender la tesis de la *locatio conductio operis*.

régimen de responsabilidad del custodio así como la prueba y cuantificación del daño ocasionado.⁶

Así, y al margen del remoto referente romano, no existe ningún contrato que pueda resultar antecedente próximo en el tiempo del contrato de cajas de seguridad, siendo fundamentalmente la ausencia del secreto (*fondachi*⁷) o del acceso directo al compartimento (depósito cerrado) lo que hace inhábiles tales figuras para servir como precedentes estructuralmente válidos. Son precisamente esas dos utilidades, secreto y acceso directo, que garantizan en todo caso la máxima reserva al usuario, las que hacen surgir el contrato como figura autónoma y distinta. Las teorías que defienden su evolución desde el depósito cerrado en base a una mayor racionalización del espacio o al avance que supone el uso de la llave resultan, en nuestra opinión, escasamente convincentes.

II. LA RESERVA COMO CLAVE EN LA FUNCIÓN ECONÓMICA SINGULAR DEL CONTRATO Y EN LA DETERMINACIÓN DE SU NATURALEZA JURÍDICA

A la hora de analizar cuál es la función económica del contrato y, en particular, cuáles son las utilidades que, para el cliente, resultan relevantes y novedosas, propiciando el auge del negocio en la práctica, hay que hacer especial hincapié en la seguridad máxima que el banco ofrece, no sólo frente a terceros, sino, muy especialmente, frente a él mismo⁸ y a posibles embates de

⁶ Afrontados incluso desde las propias normas: *Digesto*, 19, 2, 60, 6. *Locutor horrei propositum habuit se aurum, argentum, margaritam, non recipere suo periculo; deinde cum sciret has res inferri, passus est; proinde eum futurum tibi obligatum dixit, ac si propositum fuit remissum videtur*. Ver MALAVE OSUNA, B. y E., DOMÍNGUEZ LÓPEZ. *op. cit.*, pp. 312 y 313.

⁷ Las alusiones a las operaciones de carga y descarga, que excluyen obviamente el secreto de las operaciones, así como las referencias expresas a los comerciantes, evidencian en última instancia la naturaleza de lo que albergarían normalmente los *fondachi*, mercancías destinadas al comercio. BONFANTE, P., *Storia del commercio*, vol. I, Milán, 1982, pp. 272 describe las operaciones que acontecen en los *fondachi* de la siguiente manera: [...] *e con una corte atronó per facilitare le operazioni di imbalaggio e di scarico* [...] *Il pian terreno era occupato da magazzino a volta; nei diversi piani si trovavano numerosi alloggi per uso dei mercanti*.

⁸ Resulta evidente que la existencia de un sistema de coclausura evita que la persona o personas encargadas de las labores de vigilancia del compartimento puedan acceder al interior del mismo por medios no violentos, al faltarles la segunda de las llaves, que obrará en poder del usuario del servicio. No cabe duda que esta circunstancia supondrá para el

fenómenos naturales diversos. Asimismo, resulta fundamental que la cesión de uso del espacio se halle configurada de tal forma que permita el acceso personal, directo y reservado del usuario al habitáculo, lo que supone, en definitiva, una garantía más en favor del máximo secreto,⁹ principal obje-

contratante de una caja de seguridad un elemento más de tranquilidad respecto de la integridad de lo eventualmente contenido en el interior del habitáculo, ya que, si es difícil a veces confiar en la *solvencia, probada honestidad y profesionalidad de las entidades*, las cuales podrían proceder a la apertura de la caja en situaciones excepcionales (prolongados periodos de impago del canon o sospechas acerca de la naturaleza peligrosa de los bienes contenidos en el compartimento, entre otras), mucho más difícil resulta aún confiar siempre en las condiciones éticas y morales de los guardianes, quienes, reos de las posibles desviaciones de la frágil naturaleza humana, podrían verse tentados por la cercanía de supuestas riquezas. Ver caso *Foster v. Essex Bank*, comentado por LORD, R. A., “The legal history of safekeeping and safe deposit activities in the United States”, en *Arkansas Law Review*, 1985, vol. 38, p. 734.

⁹ Algunos autores, como Bolaffio, al hablar del secreto que se consigue con la actual configuración técnica del contrato de cajas de seguridad, mencionan indirectamente el medio a través del cual se consigue tal fin, que es precisamente la posibilidad de “manipular” con entera libertad el interior del compartimento:

si obtiene la massima segretezza delle cose custodite, perchè il cliente, durante il contratto, modifica a suo piacere il contenuto dello scompartimento o della caseta, bastando che la banca concorra o nell'apertura dello scompartimento o nella consegna al cliente della casetta; mentre invece una ingerenza, più o meno complicata, della banca è indispensabile ad ogni mutamento di un piego suggerito. La esistenza della casetta non modifica adunque la natura del contratto, perchè la caseta, estraibile dallo scompartimento, rappresenta semplicemente una agevolezza pel cliente, messo in condizione di rompere con Maggiore cautela e segretezza le sue operazioni sulle cose contenute nella caseta (BOLAFFIO, L. “Il servizio dei depositi chiusi mediante le cassette forti di sicurezza”, en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1905, vol. III, p. 467).

En el mismo sentido POLO, A., “Servicio de cajas de seguridad en los Bancos. Su caracterización como contrato complejo. ¿Depósito o arrendamiento? El elemento intencional como índice de la calificación”, en *Revista de Derecho Privado*, 1933, p. 346, quien, contraponiendo el contrato al depósito cerrado, señala que en éste intervienen activamente empleados del banco, los cuales, tras recibir el contenido *lo depositan en cajas fuertes, de las que sólo el Banco tiene las llaves, sin que el cliente pueda tener acceso a las mismas*. Habría que precisar, no obstante, que lo que garantiza el secreto no es tanto la posibilidad de acceder directamente al habitáculo y manejarse libremente en el mismo, sino, sobre todo, el hecho de que la entidad de crédito no observe tales operaciones, siquiera de modo pasivo, pues tal hecho supondría una fiscalización del contenido, por muy libre y directamente que éste se hubiera introducido.

tivo perseguido por el cliente.¹⁰ Las utilidades referidas serán, por sí solas, difíciles de encontrar en figuras afines, pero de todo punto imposibles si, como es el caso, se conjugan en un solo contrato.

La reserva respecto del momento en que el cliente accede al interior de la caja, con el fin último de garantizar el secreto en torno a lo introducido, condiciona de manera determinante el contenido contractual, incidiendo en la ausencia de *traditio*, la falta de control directo por parte del banco, la especial naturaleza mediata de la custodia y la dilución de la obligación restitutoria aleja de manera irreversible el contrato de cajas de seguridad del depósito. Todo intento de análisis de la especial naturaleza jurídica del contrato de cajas de seguridad que prescinda del secreto como componente esencial del negocio incurriría en una omisión determinante que incidiría, a la postre, en un planteamiento sesgado del problema y, en consecuencia, en un resultado también parcial y mediatizado. Tal simplificación funcional separaría irremisiblemente a ese supuesto negocio del contrato de cajas de seguridad, pues, si por algo se caracteriza éste, es por su complejidad estructural, que no hace sino responder a los distintos objetivos que se intentan satisfacer al perfeccionar un convenio como el aludido: seguridad, sin duda, pero también, y muy señaladamente, secreto.¹¹

La clave del alejamiento de ambos contratos es, en definitiva, la aparición de un elemento adicional a la finalidad primigenia perseguida por el depósito, como es el secreto,¹² de esencial que resulta en la estructuración global

¹⁰ *Orbene è intuitivo che la persona che si serve di una casetta di sicurezza presso una banca ha principalmente di mira la conservazione di un suo oggetto, che vuol sottrarre all'altrui conoscenza* (DI GRAVIO, D., "Del sequestro giudiciario de una caseta di sicurezza", en *Nuevo Diritto*, 1959, p. 13).

¹¹ De hecho, los riesgos que el contrato, por su singular estructura, lleva aparejados ante una eventual desaparición de los bienes ubicados en la caja (problema de la prueba de la preexistencia de los mismos), únicamente se ven compensados por la contrapartida de la extrema discreción que el negocio ofrece a sus abonados. Ver FERRONNIÈRE, J., y E., DE CHILLAZ, *Les opérations de banque*, 5a. ed., París, 1976, p. 659.

¹² Secreto frente a terceros pero también frente al Estado y frente al propio banco, lo que resulta especialmente interesante para el cliente, tal y como refleja La Lumia al criticar la facultad de inspeccionar que, en ocasiones, se arroga la entidad crediticia:

[...] ma specialmente ha il pregio di assicurare una segretezza rigorosissima, como quella che non è imposta da sanzioni disciplinari o giuridiche più o meno efficaci, e riposa, invece, sull'ignoranza di fatto. Si è rilevato che, di regola, la banca non ha conoscenza del contenuto delle casete, non valendo a procurargliela il diritto d'ispezione, essercitato saltuariamente ed a scopo esclusivo di tutela generale (LA LUMIA, I. *op. cit.*, p. 207).

del contrato de cajas de seguridad, influye decisivamente en su configuración funcional, determinando que la cesión de uso alcance una preponderancia similar o incluso superior a la que tenía consolidada la custodia.¹³

Para analizar con rigor la naturaleza jurídica del contrato de cajas de seguridad, se ha de partir, de la existencia de dos objetivos situados al mismo nivel o, al menos, de un objetivo doble e inescindible sin el cual, muy probablemente, nos encontraríamos ante un simple depósito tradicional que busca, como secularmente, la máxima seguridad de lo depositado.

Tampoco consideramos posible la asimilación entre el contrato de cajas de seguridad y, específicamente, el de depósito cerrado. En primer lugar, en el depósito cerrado siempre se produce una entrega, por lo que la custodia podría perfectamente calificarse de directa sobre el envoltorio recibido, existiendo, al mismo tiempo, un objeto concreto que restituir.

Además, y a diferencia de lo que sucede en las cajas de seguridad, el banco tiene control directo en el sobre o paquete que se ha puesto, efectivamente, en su poder, pudiendo incluso cambiarlo de ubicación y teniendo, únicamente, que devolverlo íntegro a instancias del depositante para cumplir con su obligación. Por último, se ha comprobado que en la práctica es cada vez más frecuente que la entidad de crédito proceda a abrir los envoltorios que pone en su poder el depositante, eliminando con ello el secreto que debía de proteger el contenido y pasando entonces a configurarse la custodia como verdaderamente directa e inmediata, al haber sido ya identificados los bienes objeto de depósito.¹⁴ Tal circunstancia separa definitivamente ambas

En el mismo sentido, destacando el secreto respecto al banco y su enorme atractivo para el cliente:

Una última forma de custodia de títulos, valores, alhajas, objetos artísticos, etc., cerca de los Bancos, es la caja de seguridad autónoma o el compartimento en una caja de seguridad en la cual el cliente deposita sus efectos con absoluta ignorancia del Banco y sin limitación de operaciones por parte del cliente durante las horas de servicio de las Cajas (GAY DE MONTELLÁ, R., Tratado de la legislación bancaria española, Barcelona, 1934, p. 572).

¹³ “Orbene è intuitivo che la persona che si serve di una casetta di sicurezza presso una banca ha principalmente di mira la conservazione di un suo oggetto, che vuol sottrarre all'altrui conoscenza” (DI GRAVIO, D., “Del sequestro giudiziario de una caseta di sicurezza”, en *Nuevo Diritto*, 1959, p. 13).

¹⁴ A pesar del tenor literal de algunas normas (v. gr., artículo 307 del Código de comercio español), parece que, en la práctica, el secreto no se garantiza absolutamente, y tampoco la exclusividad en el uso es la misma, como ya se ha evidenciado:

figuras, tanto en la naturaleza de la custodia como en el deber de reserva, que se vería garantizado en toda su extensión, actualmente, sólo por el contrato de cajas de seguridad. Y precisamente esta garantía de secreto puede ser asegurada hasta sus últimas consecuencias gracias al peculiar sistema de funcionamiento de la caja de seguridad, que permite al cliente acceder al interior del habitáculo en solitario, de manera libre y personal, sin injerencia directa del banco.

Las teorías que defienden el concurso de negocios o la existencia de un contrato autónomo de guarda, para dar solución al problema de la naturaleza jurídica del negocio, bien relegan la cesión de uso como un mero elemento instrumental al servicio de la guarda,¹⁵ en el mejor de los casos, consideran tal medio (cesión de uso) como fin en sí mismo, que se sumaría al fin “principal” de custodia. Por el contrario, en el presente contrato hay que contemplar la cesión como un simple medio para afrontar un fin, distinto de la seguridad pero igual de relevante contractualmente, que no sería otro que la garantía de reserva. El esquema correcto es el que plantea un medio para alcanzar dos fines, estimando, además, que si bien uno de ellos (la seguridad), se podría conseguir con otras figuras contractuales ya existentes (el depósito), el otro (el secreto), sólo podría garantizarse a través de este singular negocio con su también singular configuración. Resulta evidente que la estructura propia del arrendamiento se justifica en cuanto propicia para el cliente secreto además de seguridad. Su presencia al margen de ese doble objetivo carecería en absoluto de sentido, complicando sin más un esquema que ya tendría respuesta en la práctica sin necesidad de nuevos y complejos negocios. Naturalmente, al perfeccionar un contrato de cajas de seguridad, los clientes persiguen la custodia de sus bienes, pero también buscan hacerlo en condiciones de extremo secreto, lo que sólo es factible a través de la controvertida cesión de uso que permite, en última instancia,

[...] sin que tenga valor alguno la objeción de que el mismo Código prevé el depósito de valijas, sobres cerrados o sellados, etc. ya que estos tipos se encuentran perfectamente delimitados en nuestras prácticas bancarias, y en los cuales la entrega de estos objetos se hace a empleados determinados quienes “sólo después de haber examinado el contenido” lo depositan en cajas fuertes, de las que sólo el Banco tiene las llaves, sin que el cliente pueda tener acceso a las mismas (POLO, *op. cit.*, p. 346).

¹⁵ Hasta el punto de que algún autor sostiene que la cesión de uso es “gratuita”: “Ora la banca non percepisce normalmente due corrispettivi per il suo servizio, ma uno solo che si riferisce alla custodia” (BONELLI, G., “Sulla natura giuridica del contratto di abbonamento alle cassette di sicurezza”, en *La Legge*, 1908, 1º gennaio, pp. 2218 y 2219).

el manejo en exclusiva y al margen de injerencias externas del interior del habitáculo cedido.

Por otro lado, las teorías que defienden el arrendamiento de cosa segura o el arrendamiento de servicios como referencias tipológicas en las que acomodar el contrato de cajas de seguridad no resultan válidas, fundamentalmente, por sobredimensionar en exceso la vertiente estática y dinámica, respectivamente, de la obligación de custodia. Tales planteamientos alterarían el equilibrio existente en el complejo prestacional del negocio, desnaturalizando la esencia del mismo. La poliédrica función económica que se persigue a través del contrato, la intrincada estructura negocial que se genera a consecuencia de la misma y, en definitiva, las múltiples y variadas prestaciones a que se comprometen las partes hacen muy complicado acomodar este contrato en los esquemas referidos, que adolecerían, por diferentes motivos, de un evidente reduccionismo.

La insuficiencia del arrendamiento de obra como solución al problema de la naturaleza jurídica de la caja de seguridad¹⁶ se deriva, en esencia, de la unidireccional asimilación del *opus* con la custodia, lo que conlleva la exclusión de la cesión de uso y la omisión de las finalidades esenciales que se perseguían con ésta, como son el secreto y el acceso directo, que, además, son las que singularizan definitivamente el negocio. De tal forma, esta teoría explicaría sin dificultad todas aquellas prestaciones contractuales que, directa o indirectamente, persiguen el objetivo de seguridad, pero no es capaz de dar sentido a la cesión de uso, lo que la inhabilita para explicar íntegramente la compleja relación negocial que se plantea en el contrato, siendo únicamente factible tal planteamiento si el mismo se ve reforzado por el tipo del arrendamiento de cosas, y no por otras figuras, como el depósito, que no aportarían nada “relevante” a la construcción teórica ahora analizada.¹⁷

¹⁶ DE GENNARO, G., *Le cassette di sicurezza*, Milán, 1938, p. 57.

¹⁷ De hecho, depósito y arrendamiento de obra son figuras que cuentan, ambas, en su contenido con la ejecución concreta de un hacer, que ha de desarrollarse además, en los dos tipos, de acuerdo con una norma de conducta libre, es decir, determinada por el propio arrendador o depositario en base a una completa autonomía técnica, a diferencia de lo que ocurría con el arrendamiento de servicios, en el que el *locator* era un mero ejecutor de órdenes ajenas. De tal manera son similares ambos negocios que Gete-Alonso sostiene que la diferenciación entre ellos radica en la concreción, asociando toda actividad de guarda retribuida única y exclusivamente al ámbito negocial del depósito, por lo que, según semejante teoría, el arrendamiento de obra quedaría para siempre al margen de dicho *opus*. Ver GETE-ALONSO y CALERA, M. del C., *Estructura y función del tipo contractual*, Barcelona, 1979, pp. 667 y 668.

Las teorías que optan por atribuir al contrato de cajas de seguridad naturaleza atípica se apoyan en la existencia de meros particularismos organizativos para defender la creación de un tipo contractual autónomo, lo que sólo sería admisible en aquellos supuestos en que las diferencias entre el nuevo negocio y los ya reconocidos por el ordenamiento jurídico sean absolutamente irreconciliables, de tal forma que el encaje de aquél en las estructuras preexistentes fuera, consecuentemente, imposible. A pesar de que las necesidades a que da solución el nuevo servicio son satisfechas gracias a mecanismos técnicos que, en un determinado momento, pudieran hacer pensar en una nueva y distinta figura contractual, son insuficientes en sí mismas para propiciar la aparición de un nuevo tipo, sin antes agotar, al menos, las posibilidades que ofrecen los ya conocidos, especialmente el arrendamiento, que con su intrínseca flexibilidad presenta una estructura idónea para subsumir con éxito las singularidades que plantean las cajas de seguridad. El contrato de cajas de seguridad puede ser considerado un *arrendamiento atípico*, pero nunca un *contrato atípico*.

La singular estructura obligacional del negocio, con la insólita presencia de una cesión de uso que, si se persiguiera únicamente la custodia, no haría más que dificultar ésta, sólo se explica desde la consideración del secreto como uno de los fines principales del contrato. La prestación locativa típica sólo tiene sentido en el seno del contrato de cajas de seguridad si se la asocia con la garantía de secreto y con una mayor facilidad y autonomía en el acceso a la instalación. La búsqueda del secreto más absoluto es sumamente relevante desde el punto de vista causal que si la misma no se asegurase, no se experimentaría ventaja alguna en relación con las típicas que ofrece el depósito cerrado y, por tanto, muy probablemente el contrato jamás hubiera surgido en la práctica. En definitiva, la reserva es la verdadera función distintiva, autónoma o singular de la nueva figura, la que la diferencia de las similares existentes con anterioridad y, en última instancia, la que propicia su exitosa irrupción en el tráfico, como se evidencia en los últimos acontecimientos vividos en Argentina.¹⁸

¹⁸ Este es uno de los ejemplos de la utilidad que las cajas presentan como garantía de secreto frente al propio Estado. Así, una vez que los motivos de ocultación fiscal han decaído, surgen otros como el evidenciado en los últimos tiempos en Argentina, donde el contrato experimenta un auge tal que ha sido objeto, incluso, de campañas publicitarias por parte de las entidades de crédito. En éstas se puede observar como la base de los mensajes comerciales no es sólo la seguridad sino también el secreto. Así, en <http://www.credicoop.com.ar>, se puede comprobar como, expresamente entre los beneficios del contrato ofertado

Se refuerza, por tanto, la importancia causal del vehículo prestacional que hace posible ese objetivo, como es la cesión de uso, cuya presencia en la estructura negocial no es en ningún caso gratuita ni caprichosa sino directamente tributaria de tal propósito contractual.

En consecuencia, hay que articular una respuesta híbrida a la clásica pregunta planteada por la doctrina, de cuya resolución se hacía depender la decisión acerca de la naturaleza jurídica del contrato.¹⁹ Así, cuando se suscita la cuestión relativa a, si el banco vigila la caja para proporcionar su goce o si, por el contrario, proporciona el goce para vigilarla, hay que responder, en una especie de *tertium genus*, que lo que hace la entidad de crédito es proporcionar el goce del habitáculo para, al mismo tiempo que lo vigila, garantizar el secreto de las operaciones del cliente.

se encuentra la *privacidad*, no es menester denunciar el contenido, mientras que en <http://www.bna.com.ar> se habla de que *en nuestras sucursales encontrará un espacio privado para los objetos que quiera resguardar* y en <http://www.hipotecario.com.ar> se insiste en que, en el recinto donde están ubicadas las cajas, *usted puede operar con toda tranquilidad*. No deja de ser lógica esta insistencia en la intimidad que propicia el secreto, pues, hasta ese momento, el hecho que había dado ventaja a las cajas en relación con el resto de depósitos practicados en las entidades bancarias argentinas no era el de su mayor seguridad, sino el de su absoluta reserva, que mantuvo los fondos depositados en tales habitáculos al margen de las medidas auspiciadas por lo que se dio en llamar *el corralito*.

¹⁹ CARNELUTTI señalaba ya, a la vista del cariz que tomaba la discusión doctrinal de referencia, que la naturaleza jurídica del contrato de cajas de seguridad dependería, en última instancia, de la respuesta que cada autor diese a esta concreta pregunta:

Io credo pertanto che la soluzione del problema dependa dalla risposta a questa domanda: il banchiere dà il godimento della casetta per vigilare o vigila per far godere la caseta? E che la risposta possa esser data unicamente in base alla impressione della proporzione tra i due elemento del rapporto (CARNELUTTI, F. "Natura del contratto di casetta-forte per custodia", en *Rivista del Diritto Commerciale*, 1911, vol. IX, p. 912).

Postura que, en principio podría parecer excesivamente reduccionista, pero que los hechos han demostrado que tenía mucho de premonitoria. Molle se manifiesta en el mismo sentido:

[...] nell' intento di dare al negozio una configurazione unitaria, si riteneva che delle due prestazioni l'una sia causale e l'altra accesoria rispetto al fine del contratto, e richiamando il rapporto sotto un nomen iuris tipico, si vedeva o un deposito se causa ne sia la custodia o una locazione di cosa se causa ne sia la concessione di uso della caseta (MOLLE, G., *I contratti bancari*, en CICU, A. y MESSINEO, F., *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXXV, t. 1, 4ª ed., Milán, 1981, p. 792).

El hecho de que el cliente tenga la posibilidad, casi constante, de usar la cosa cedida deslegitima al depósito como explicación válida,²⁰ acercando el negocio al ámbito del arrendamiento y poniendo de relieve que la cesión de uso tiene, en el contrato, una relevancia causal muy superior a la que inicialmente se había pensado. El desempeño de tal uso ha de garantizarse con la máxima exclusividad, por lo que, de atribuir a alguna de las partes la posesión exclusiva de la cosa, ésta se hallaría en manos del usuario, que es el único legitimado para acceder, en solitario, al interior de la caja.

Además, para que el depósito asuma en su estructura tipológica al contrato de cajas de seguridad habría que privarle, necesariamente, de alguno de sus elementos esenciales. Por el contrario, los más importantes problemas que plantea el arrendamiento de cosas para subsumir la relación contractual ahora analizada están relacionados, más que con la privación de alguno de sus componentes básicos, con la incorporación de prestaciones que, en principio, resultan extrañas a su naturaleza, como todas aquellas que se relacionan con la seguridad y la custodia,²¹ lo que hace la referida incardinación mucho

²⁰ SAVATIER, R., “Depot”, en PLANIOL, M., y G., RIPERT, *Traité pratique de Droit Civil Français*, t. XI, parte décima, 2a. ed., París, 1954, pp. 502 y 503, a la hora de distinguir el depósito de otros negocios, cita expresamente, como problemático, el supuesto en que se contrate un espacio con el objeto de guardar en él bienes muebles y afirma que si, en tal caso, es el contratante el que conoce en exclusiva la clave de acceso al habitáculo, el contrato será entonces, incostestablemente, un arrendamiento y no un depósito. De hecho, se muestra coherente con tal afirmación y concluye, si bien indirectamente, que, tanto el alquiler de cajas fuertes en bancos como el de cubas de vino, típico del *Midi* francés, son negocios en que la guarda es accesoria y, por tanto, serán siempre locaciones y no depósitos. ENNECERUS, L., *Derecho de Obligaciones*, en ENNECERUS, L., KIPP, T. y M., WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*, t. II., 2ª parte, Barcelona, 1966, pp. 643 y 644, en su empeño por perfilar lo más precisamente posible el concepto de depósito, señala, primero, que si el “depositario” está facultado para usar la cosa, entonces ya no se puede hablar de depósito sino de arrendamiento o comodato según sea oneroso o no el contrato y, a renglón seguido, especifica que, en el supuesto de que el objeto del negocio sea la cesión de un local al que la cosa debe de ser llevada o en el cual pueda dejarse, jamás habrá contrato de depósito, sino arrendamiento de uso en el caso de que medie retribución o *commodatum loci* si no existe estipendio alguno. Concluye, en buena lógica, apostando por atribuir al “contrato sobre cajas en cámaras acorazadas” la naturaleza de arrendamiento de uso con obligaciones secundarias, al tiempo que niega tajantemente su posible condición de depósito.

²¹ Incluso en los casos concretos en que al contrato de cajas de seguridad se le ha reprochado, de cara a su ubicación pacífica en la estructura tipológica del arrendamiento, el hecho de que al arrendatario se le limita sensiblemente la posibilidad de uso del espacio cedido, cosa que no sucede habitualmente en los negocios arrendaticios, habría que señalar, no obstante, que así como es perfectamente posible encontrar arrendamientos de natural limitados, por singulares que sean, como el alquiler de un balcón ante un evento cultural o

más asequible dogmáticamente. Se opta, por mantener al nuevo negocio dentro de la tipicidad legislativa proporcionada por el arrendamiento, ya que la desviación producida por la adición de la obligación de custodia es irrelevante desde el punto de vista de la naturaleza del contrato.²²

El contrato de cajas de seguridad encuentra acomodo en la estructura, de por sí flexible, del contrato de arrendamiento de cosas. Es precisamente la variable naturaleza de estas últimas la que permite que, al margen de la cesión de uso principal y dentro de la obligación genérica que corresponde al arrendador de garantizar el disfrute de la cosa al arrendatario, se puedan incardinar, sin necesidad de salir del ámbito estructural de la locación, múltiples y variopintas prestaciones que, si bien en un principio podrían parecer ajenas al espíritu del arrendamiento, resultan precisamente las que, dependiendo de la concreción del bien arrendado, coadyuvan a que tal contrato pueda cumplir la función económico-social para la que ha sido perfeccionado.

Es, insistimos, la concreta naturaleza del bien cedido, así como el espíritu que acompaña a tal cesión, lo que desencadena el proceso obligacio-

deportivo o de una taquilla destinada a guardar la ropa de calle y los útiles de aseo durante la práctica del ejercicio físico en un centro polideportivo, resulta imposible de todo punto hallar depósitos en los que no haya existido entrega previa alguna por parte del depositante, lo que viene a reforzar, la tesis que sustenta al arrendamiento como figura mucho más apropiada, por flexible y adaptable, para acoger a un contrato “complejo”, como es la caja de seguridad, que el depósito, por el contrario, es esencialmente rígido y haría tremendamente complicada una asimilación como la pretendida. Por otro lado, y en relación con las referidas limitaciones que se imputan al arrendatario, hay que destacar que algunos autores, como Vázquez Iruzubieta, entienden que tales cargas son más para el arrendador que para el arrendatario, ya que las mismas son articuladas a instancias de este último para preservar su seguridad e intimidad, viéndose el banco, por tal causa, privado del derecho a penetrar en el recinto alquilado prácticamente bajo ningún concepto. En VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *Operaciones Bancarias*, Madrid, 1985, p. 367.

²² Díez-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, vol. I, 5a. ed., Madrid, 1996, pp. 387 y 388, especifica que la falta de sintonía entre el negocio concreto que las partes perfeccionan y los tipos predeterminados por la norma, puede producirse de muy diferentes maneras, siendo perfectamente posible que la autonomía de la voluntad genere un contrato que, en principio, coincida básicamente con la estructura obligacional y la función económico-social de una figura tipológicamente preestablecida, diferenciándose de la misma, únicamente, en la adición de convenciones o pactos que no son propios de tal tipo. En este caso, opina el autor, se debería de mantener al negocio dentro del tipo legislativo ya que la desviación no es en ningún caso bastante como para alterar esencialmente su fisonomía o dejar sin efecto su causa típica. En concreto, pone como ejemplo el hipotético supuesto de un contrato por el que se ceda el uso de una cosa a cambio de una prestación distinta del dinero, incluso a cambio de la prestación de un servicio, manteniendo, en todo caso, la naturaleza arrendaticia de semejante negocio.

nal subsiguiente. El hecho de que en la relación contractual se produzca la cesión de un espacio, no sitúa al negocio necesariamente en la órbita del arrendamiento de fincas urbanas, con las particularidades que tal asimilación generaría. Tampoco la existencia de obligaciones relacionadas con la custodia, dinámica o estática, ha de asociar el bien arrendado al concepto de “cosa segura”, como ya se ha evidenciado, pues al margen del objetivo de seguridad existen otros, como el acceso directo o, sobre todo, el manejo en condiciones de especial intimidad y discreción, que son tan importantes o más que el relacionado con la custodia.

Se ha de partir, sin prevenciones, del acomodo jurídico que proporciona la figura típica del contrato de arrendamiento de cosas, de tal forma que, sin renunciar a las especificidades propias del negocio analizado, se pueda utilizar como base estructural la de tal locación, sacando provecho de su natural flexibilidad así como de su amplio complejo tipológico.

Del proceso que trata de verificar si el contrato de arrendamiento de cosas es lo suficientemente flexible como para incorporar los aditamentos que comportan las cajas de seguridad a sus prestaciones más básicas, sin perder su naturaleza esencial, se extraen dos evidencias:

Primera: el contrato de arrendamiento de cosas permite que, previo pacto entre las partes, se pueda limitar la posibilidad que el arrendatario tiene de usar la cosa cedida.²³ Lo único que propiciaría tal convención es una delimitación del ámbito de goce del arrendatario en cuanto a intensidad o extensión, lo que sería en todo caso compatible con la naturaleza típica, ya no del arrendamiento en general, sino, del arrendamiento de inmuebles en particular. Este hecho redunda en la idoneidad de la figura locaticia para asumir la cesión en que se concreta el negocio de cajas de seguridad, a causa de su evidente y constatada flexibilidad intrínseca.

Si se admite sin problemas la “restricción” de una obligación esencial, como es la garantía del uso pacífico de la cosa, en perjuicio además del arrendatario, sin ninguna duda se habrá de tolerar el supuesto contrario que, lejos de coartar el derecho del usuario lo fortalece, añadiendo a ese uso pacífico unas obligaciones adicionales de vigilancia activa y pasiva que son articuladas en beneficio y a solicitud del eventual cliente.

²³ Ver, en tal sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo español de 18 de marzo de 1912 (*Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, núm. 107, t. 123, enero-marzo, pp. 852-862), que admite expresamente la posibilidad de que el arrendatario renuncie al derecho que, en principio, le confiere el artículo 1554.3 del Código Civil.

Segunda: ni siquiera hace falta incorporar convencionalmente al contrato la totalidad del cúmulo de obligaciones que singularizan al arrendamiento de cosas como “complejo”, pues gran parte de las mismas se derivan, de las características ínsitas al propio objeto cedido, de la propia condición bancaria del arrendador.

El negocio no se ve transformado por la adición o el añadido de una serie de caracteres extraños en principio a la locación y cercanos, sin embargo, al depósito, sino que es el propio bien cedido, objeto del arriendo, el que lleva implícitas semejantes exigencias, limitándose la estructura propia de la locación a servir de cauce para facilitar la cesión del uso por un tiempo determinado y a cambio de un precio de un compartimento, respecto del cual resultan consustanciales tales características.

En definitiva, los condicionantes que en materia de seguridad tanto han “perjudicado” a la tesis del arrendamiento de cosas como solución válida al problema de la naturaleza jurídica del contrato, han de ser considerados como un *prius*, como un presupuesto que, necesariamente, todo banco que pretenda acometer una operación como la ahora analizada ha de garantizar de acuerdo con las exigencias legales, y nunca como un *plus* que pudiera alterar la naturaleza primera del objeto.

La caja, sin duda, ha de ser implícitamente segura, pero a la vez, ha de garantizar la absoluta reserva en relación con lo guardado en la misma propiciando un acceso libre al compartimento. Todos estos fines han de ser conciliados y, al mismo tiempo, garantizados por las exigencias reglamentarias aludidas, por lo que no cabe admitir la opción doctrinal reduccionista que vincula tales presupuestos, únicamente, con la seguridad.

La defensa de la teoría del arrendamiento de cosas supone que lo único que tiene que asegurar el arrendador al arrendatario es que la cosa cedida esté en óptimas condiciones de “funcionamiento”, encontrándose éstas predeterminadas, en buena medida, en normas *ad hoc*, lo que simplifica sensiblemente gran parte de las controversias originadas por el contrato.

La explicitación de una serie de exigencias concretas en materia de seguridad en el presente contrato sólo es explicable desde la perspectiva locaticia de la relación, ya que, si la misma hubiera sido conceptuada como depósito, tal esfuerzo clarificador habría resultado de todo punto innecesario, al ser consustancial a tal tipo contractual tan intensa obligación de custodia. Sólo es justificable ese afán regulador desde el convencimiento de que la figura cuyo “complemento” se persigue es un arrendamiento complejo necesitado, en todo caso, de un añadido expreso que permita identificar aquellas pres-

taciones adicionales que escapan, en principio, a la fisonomía típica de tal negocio.

El contrato de cajas de seguridad es, en nuestra opinión, un arrendamiento “complejo” de cosas, en el que, al lado de las prestaciones típicas de la locación (cesión de uso, fundamentalmente), aparecen otras prestaciones esenciales propias de tipos contractuales diversos. Tal complejidad es una complejidad *sui generis*, al no corresponderse en principio, al menos completamente, las obligaciones adicionales que se incorporan a la estructura básica de la locación con las existentes en otros tipos negociales.

Así, la custodia concreta sobre ciertos bienes, con recepción expresa de los mismos, que se da en el clásico contrato de depósito presenta importantes diferencias respecto del negocio ahora estudiado. En éste se opta por una seguridad “abstracta”, que se mantiene vigente independientemente del contenido de la caja,²⁴ exista o no éste, y que tiene como objetivo, además de la eventual conservación de lo ubicado en el habitáculo, la garantía de reserva o discreción en relación con los manejos del cliente. Esta intención se deduce de las medidas articuladas con el único fin de permitir al usuario la manipulación en exclusiva del interior del compartimento, al margen de miradas indiscretas, incluidas las del banco, y a costa, sin duda alguna, de arriesgar la “seguridad jurídica” de la propia operación, dado el desconocimiento del contenido de la caja que la entidad tendrá en todo momento. Insistimos además en que es precisamente esta particular función económica del contrato la que hace al arrendamiento única figura válida para sustanciar semejantes pretensiones, pues sólo a través de la cesión en exclusiva de un espacio “contenido” en una caja, con las debidas limitaciones,²⁵ se podrá garantizar la absoluta confidencialidad de lo que contiene o no, la misma.

²⁴ JORDANO FRAGA, F., *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, p. 531 sostiene, muy acertadamente, que la actividad de la entidad bancaria no tiene como objetivo directo la custodia de las cosas, sino la puesta a disposición del cliente de la caja de seguridad, de tal forma que, aún hallándose vacía ésta, se encuentra obligado a guardarla para garantizar tal disfrute en las debidas condiciones.

²⁵ GABRIELLI, E., “Il servizio bancario delle casette di sicurezza”, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1984, p. 392, define el contrato de cajas de seguridad como un contrato de arrendamiento de cosa, por el que la banca pone a disposición del usuario un espacio, del cual éste puede disponer en modo exclusivo, para ubicar en él los objetos cuya custodia desee. A cambio, el cliente se obliga a pagar el canon convenido así como a observar *le norme regolamentari*; de esta manera tan sencilla, haciendo referencia a unas normas de obligado cumplimiento, el autor incorpora sin esfuerzo al contenido de la relación contractual todas aquellas limitaciones que, durante tanto tiempo, se habían erigido en dificultades teóricas insoslayables para hacer valer la locación como estructura tipológica en la que apoyar el

III. LA RESERVA COMO CLAVE EN LA CARACTERIZACIÓN DEL NEGOCIO COMO CONTRATO CONSENSUAL Y DE CONSUMO

El papel predominante que la cesión de uso desempeña en la estructura técnica del negocio,²⁶ dada su relevancia de cara a satisfacer con éxito el deseo de reserva del cliente así como la posibilidad que éste tendrá de modificar directamente el contenido de la caja en todo momento, determina el carácter consensual del contrato, haciendo irrelevante, a efectos obligacionales, la utilización o no de la caja por el usuario.²⁷

Además, el secreto que protege en todo momento el contenido de la caja impide verificar tanto la naturaleza de los bienes contenidos en su interior como el uso que se realiza de los mismos, por lo que resulta imposible determinar con certeza si el contrato se encuentra relacionado con una actividad de carácter empresarial o profesional. Ni siquiera la identidad del abonado o la calidad en la que realice la contratación resultarán definitivas a efectos de dilucidar el destino final de la caja.²⁸

negocio. Quizás un planteamiento apriorístico como el comentado, que parte, como presupuesto, de la existencia de una serie de condicionantes en cuanto al uso pacífico de la cosa por el arrendatario hubiera supuesto, sin duda, una sensible rebaja en la intensidad de la discusión doctrinal mantenida, dejando sin efecto determinadas posturas que obvian la existencia reglamentaria de semejantes limitaciones.

²⁶ GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, 2a. ed., Madrid, 1975, p. 453 asocia la consensualidad con la cesión de uso presente en el contrato de cajas de seguridad.

²⁷ En tal sentido AÑOVEROS TRÍAS DE BÉS, X., “El contrato Bancario de Servicio de Cajas de Seguridad”, en *Revista Jurídica de Catalunya*, 1990, 2, p. 340, quien señala que la obligación de custodia del banco es independiente de la relación de hecho entre vigilante y objeto. De cualquier forma, la obligación bancaria, trasciende a la custodia *strictu sensu*, pues al margen de guardar y proteger lo eventualmente contenido en el habitáculo, la entidad de crédito, para cumplir con su cometido contractual, ha de facilitar el acceso del cliente a la caja en las debidas condiciones de intimidad y reserva cuando aquél lo solicite, prestación que es claramente independiente del hecho de que, efectivamente, el cliente decida o no introducir algo en el compartimento y que, por lo tanto, se hallará vigente en todo momento, al margen de tal cuestión.

²⁸ En cualquier caso tales datos nunca son definitivos al efecto de excluir al cliente de su consideración como consumidor pues, como señala Rojo con acierto, lo verdaderamente relevante a la luz del tenor literal de la norma no es el destino previsto del bien sino el destino efectivo del mismo, siendo éste el que determina la condición legal del individuo. En ROJO, A., “La responsabilidad civil del fabricante en el Derecho español y en la Directiva 85/374/CEE”, en *Colección de Estudios Jurídicos en homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, vol. III, Oviedo, 1988, pp. 1262 y 1263. Por tanto, el *hecho objetivo* del uso o consumo es el criterio decisivo para atribuir o no la condición de destinatario final

Tal circunstancia implica una general presunción en favor de la consideración del negocio como contrato de consumo, lo que es clave por cuanto determina, en muchos casos, la aplicación de normas de inspiración claramente tuitiva en relación con los intereses del cliente.²⁹

IV. LA RESERVA Y SU INFLUENCIA EN EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD DEL BANCO

La garantía de secreto juega en contra de los intereses del cliente, cuando éste denuncia daños encontrándose el cierre de la caja intacto y el exterior de la misma sin aparente afectación. En este caso se podría presumir que los daños han sobrevenido en el momento en que el cliente se encontraba manipulando el interior de la caja, único instante en que la custodia, siquiera indirecta, que la entidad ejerce sobre el contenido del compartimento, cede momentáneamente. En cualquier caso la responsabilidad del banco decaería únicamente desde el momento en que practica la apertura del habitáculo en colaboración con el usuario hasta que procede al cierre del mismo, y no, como se llega a sostener, desde la entrega del documento de legitimación hasta su devolución.³⁰

al usuario, en el contrato de cajas de seguridad, resulta una operación casi imposible por la reserva garantizada al cliente.

²⁹ De la misma forma que se ha utilizado una presunción en contra de considerar consumidora a una persona jurídica que contrate con un profesional, a los efectos de aplicar una determinada norma (sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 22 de noviembre de 2001 —*La Ley*, 002/2922—), cabe defender ahora la presunción contraria cuando la caja es utilizada sin una clara intención empresarial, lo que, dada la intencionada opacidad del servicio, sucede en la mayoría de las ocasiones.

³⁰ El hecho de que el compartimento, durante ese espacio temporal, se halle abierto y ajeno al control, siquiera visual, del banco, exonera a éste de cualquier responsabilidad, tal y como recoge expresamente la norma doce de las *Norme Bancarie Uniformi* italianas, que señala que *el banco no responde de los daños experimentados por el usuario en el periodo comprendido entre la entrega del documento y su restitución*. Bien es cierto que en el precepto se aprecia la impronta corporativa del sector bancario, al identificar el momento a partir del cual carecen de responsabilidad con el de la entrega del documento (*tessera* o *tesserino*) y no, como hubiera sido mucho más apropiado, con aquel en que el usuario puede ya, efectivamente, proceder a la apertura del compartimento, una vez que la entidad ha cooperado en tal acto con su llave de control. En controversia solventada por sentencia del Tribunal Civil de Milán de 22 de abril de 1909, el Monte de Piedad, prestadora del servicio de cajas de seguridad, sostenía que el contrato se había celebrado verbalmente y que la *tessera lungi dal valere come scrittura di contratto* (VITALI, C., “Questioni sulle cassette-forti”, en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1909, VII, p. 355). Ver MARTORANO, F.,

La posibilidad que el banco se reserva de inspeccionar el contenido del compartimento, con el objeto de comprobar si se respetan las prohibiciones establecidas en el contrato ha de ser entendida muy restrictivamente.

La ejecución de tal facultad resulta intrínsecamente contraria a una de las funciones esenciales del negocio, como es la garantía del secreto respecto del contenido de la caja, por lo que habría de fundamentarse siempre en la existencia de indicios sólidos y, en todo caso, sujetarse, en su concreta materialización, a un procedimiento que proteja los intereses del cliente. La entidad de crédito no puede, arbitrariamente y amparándose en la existencia de meras sospechas, violar la intimidad que previamente, y mediando pago, ha garantizado, sin que la inserción de tal posibilidad en las condiciones generales del contrato³¹ sea suficiente para sancionar la regularidad de la práctica, por resultar sin duda contraria a la propia causa del negocio.³²

“Il tesserino riasciato dalle banche per l’apertura delle cassette di sicurezza come documento di legittimazione”, en *Banca, Borsa e Titoli di Credito*, 1959, vol. II, pp. 405 y ss.

³¹ *Credit Suisse*, tras explicitar qué bienes se pueden cobijar en las cajas (primer párrafo del artículo tercero de su reglamento), autoriza al banco a “controlar el contenido del cofre en presencia del locatario o de su poderhabiente” (párrafo segundo del artículo tercero del reglamento); en parecido sentido, condición 1.5 del contrato utilizado por *Banco Santander*:

A efectos de lo convenido en los párrafos que preceden (condiciones de uso de la caja), el Banco podrá comprobar cuantas veces estime oportuno el contenido de la caja en presencia del arrendatario, manteniendo absoluta reserva sobre los contenidos de aquélla. Cuando el arrendatario sea requerido para efectuar tal comprobación el Banco le habrá de indicar la fecha y hora para la práctica de apertura de la caja.

Si bien la redacción de las estipulaciones citadas, permite al banco casi inmotivadamente practicar la inspección de la caja, lo cual resulta contrario a la propia causa del negocio y, abiertamente abusivo en función de lo preceptuado en las normas generales de protección de los consumidores, lo cierto es que la presencia del arrendatario minimizaría el perjuicio que podría incluso no existir en el caso de que la entidad optase, al negarse aquél a ser inspeccionado, por resolver el contrato, cosa que en un negocio *intuitus personae* como el ahora analizado podría justificarse perfectamente en una pérdida de confianza (entre las causas de resolución previstas por *Caja Cantabria*, se recoge expresamente la negativa del cliente a que su compartimento resulte inspeccionado —cláusula sexta, letra e, del formulario predispuerto por *Caja Cantabria*—). Lo que, creemos, resultaría inadmisibles es la apertura de la caja en función de una mera sospecha.

³² Es esta una cuestión controvertida, en la que se enfrentan dos intereses opuestos. Adviértase cómo el propio Garrigues da por hecho que el banco conoce efectivamente que se ha introducido algo prohibido antes de proceder a la comprobación, mientras que, a renglón seguido, se conforma con la existencia de una sospecha, evidenciando una cierta

La violación del secreto respecto del contenido del compartimento supone, en sí mismo, un daño que ha de ser indemnizado. El contrato de cajas de seguridad no sólo pretende garantizar una seguridad máxima para los bienes eventualmente ubicados en la caja, sino además, un secreto absoluto en torno a la misma existencia de esos bienes, por lo que desvelar la naturaleza de los mismos o, incluso, evidenciar la ausencia de efecto alguno en el interior del habitáculo supone un obvio incumplimiento de las obligaciones asumidas por la entidad bancaria, lo que genera responsabilidad por su parte.

La ruptura de la integridad de la caja, aun cuando no afecte a la integridad misma de los bienes en ella contenidos, supone un incumplimiento que habrá de ser valorado al margen de la expectativa de seguridad defraudada. La frustración del objetivo de confidencialidad o reserva en el presente contrato merece, independientemente de su concreta cuantificación, una reparación separada, generando la omisión de una referencia a este evento dañoso una visión parcial e incompleta de la compleja cuestión de la responsabilidad bancaria.³³

inseguridad en la determinación del presupuesto de esa facultad de inspección (GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, ob. cit., p. 456). Otros autores, como VALENZUELA GARACH, F. y F. J., VALENZUELA GARACH, “Contratos Bancarios de gestión (II)”, en JIMÉNEZ SÁNCHEZ, G. (coord.), *Derecho Mercantil*, II, 11a. ed., Barcelona, 2006, p. 543, se refieren a una “seria” sospecha.

³³ Simplemente a título de ejemplo, en tal sentido, merece la pena citar la reflexión de Jordano Fraga en relación con el asunto. El autor, partidario como veremos de configurar la obligación asumida por el banco como una obligación de resultado y no de medios, identifica ésta con la facilitación del uso de una caja de seguridad, garantizando asimismo la preservación de su integridad y la vigilancia de la misma. Como se puede observar, nada dice en cuanto al deber bancario de asegurar al cliente que tal uso se produzca siempre en condiciones de intimidad y secreto, lo que le lleva a afirmar, de manera coherente con su primera conclusión, que la entidad de crédito no responderá en aquellos supuestos en los que la caja haya sido abierta sin consentimiento del titular pero dentro de la misma no hubiera bien alguno ya que, sostiene, a pesar de que es evidente que ha existido incumplimiento no hay sin embargo daño alguno, por lo que no ha lugar a la indemnización. En JORDANO FRAGA, F., *op. cit.*, pp. 532, 533 y 534. Resulta claro, por tanto, que lo único relevante para Jordano a efectos de responsabilidad es la seguridad de los bienes eventualmente ubicados en el compartimento, sin que considere al secreto bien jurídico protegido en el presente negocio, opinión respecto de la que discrepamos abiertamente, como veremos, al margen de la relevancia de la cuantía indemnizatoria, cuestión que habrá que determinar en cada momento, es obvio que el descubrimiento de la ausencia de objeto alguno en el interior de la caja puede generar, para algunos usuarios, un daño mayor que la pérdida misma de según qué bienes. Por otro lado, tampoco la doctrina se preocupa de cuantificar, en el caso

El secreto que el banco se compromete a garantizar al cliente es, de la misma manera que sucede con la seguridad, un objetivo que no puede hacerse depender de una mera obligación de diligencia sino que ha de configurarse, en todo caso, como una obligación de resultado. Por tanto, y al igual que sucedía con los circunstanciales problemas que afectarían a la seguridad de la caja, cualquier merma de la reserva e intimidad garantizada, una vez evidenciada ésta, supondría que la entidad de crédito habría de asumir la carga de la prueba para conseguir exonerarse de su responsabilidad. Además, en este supuesto, los problemas del cliente a la hora de probar el daño serían ciertamente menores, pues éste no dependería de la existencia o no de objetos en el interior del compartimento, al ser también indemnizable, entendemos, el hecho de descubrirse que nada había cobijado en la caja, lo cual agravaría sensiblemente la posición del banco.

Bien es cierto, no obstante, que la cuantía indemnizatoria a satisfacer por muy relevante que fuese el secreto a guardar sería, en la mayoría de las ocasiones, muy inferior a la que correspondería en caso de desperfecto, destrucción o desaparición de un objeto concreto, en especial si éste tiene un alto valor material o, incluso sentimental, al haberse también de reparar los daños morales. En cualquier caso, insistimos en que no puede omitirse la relevancia del secreto en la operación ahora estudiada pues, al margen de su valor intrínseco como bien jurídico protegido, no puede olvidarse que es precisamente ese *plus* ofrecido por el banco lo que propicia la aparición de este contrato en el tráfico así como su “ventaja” respecto de otras figuras similares o cercanas. De hecho, de haberse tenido en cuenta este valor, no se hubieran producido las discusiones ya referidas en torno a si cabe exigir responsabilidad en un supuesto de forzamiento o acceso ilegítimo a una caja vacía, al cuestionarse la existencia del daño, pues es obvio que con el secreto como referencia, aquél existiría siempre en forma de violación del mismo. Las especificaciones predeterminadas normativamente suponen la mera concreción de un nivel mínimo de exigencia técnica, sin que en ningún caso puedan identificarse con la determinación apriorística del complejo de medios que el banco se encuentra compelido a adoptar para así dar por cumplidas, en todo caso, sus obligaciones.

de que sí se evidencie la pérdida o destrucción de objetos, de cara a calcular el *quantum* indemnizatorio, el valor de la pérdida de la reserva en torno a la identidad de tales objetos, hasta ese momento desconocidos para el público, limitándose a tomar como referencia el valor material de los mismos para, de esa forma, reparar el daño originado al cliente, en lo que vuelve a ser, un grave error que olvida una de las finalidades básicas del contrato y, sin duda, la que lo singulariza frente a figuras similares.

La opción de configurar la obligación bancaria de custodia como obligación de resultado supone, a efectos prácticos, la inversión de la carga de la prueba en perjuicio de la entidad de crédito, que se verá abocada, una vez constatada la fractura del cierre, el acceso de personas no autorizadas al interior del compartimento o la violación de la integridad de la caja, a demostrar que ha sido la intervención de un hecho ajeno a su ámbito de previsión y resistencia el que ha motivado la generación del evento dañoso.³⁴ La posibilidad de revertir el *onus probandi* a través de cláusula contractual al efecto no es posible dada la vigencia de las normas que disciplinan la contratación en régimen de condiciones generales o de las más rigurosas, en su caso, protectoras de los derechos de los consumidores y usuarios.

Dos de los principales alicientes que presenta el contrato de cajas de seguridad para el cliente, como son el acceso personal y directo al interior de la caja y el secreto respecto de lo eventualmente guardado en la misma suponen paradójicamente, las mayores dificultades para el abonado de cara a hacer efectiva la responsabilidad de la entidad de crédito en caso de que la integridad de la caja se hubiera visto vulnerada.³⁵ Las teorías que intentan solucionar el problema de la doble *probatio diabolica* que se le plantea al cliente, optan por defender la aplicación de la prueba de presunciones o por exigir, en todo caso, la acreditación fehaciente del daño. Mientras que la primera construcción generaría evidente inseguridad, la segunda, cercenaría

³⁴ En contra BUSTAMANTE ALSINA, J., “Responsabilidad de los bancos en la prestación del servicio de Cajas de Seguridad”, en *La Ley* (ed. Arg.), pp. 79 y 80, quien considera que la prueba de la culpa es independiente de la fuente de la obligación y la carga correspondiente pesa sobre el actor o el demandado, según la diferente naturaleza de la prestación, independientemente de que la misma sea de medios o de resultado. Sin embargo, en el considerando tercero de la sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala B, de 10 de abril de 1996 (comentada por BUSTAMANTE ALSINA, J., *ob. cit.*, pp. 78 y ss.), se observa que:

la extensión de la responsabilidad bancaria y el reparto de la carga de la prueba está en íntima dependencia con la naturaleza del contrato [...] Cuando la obligación es de resultado, la carga de la prueba corresponde al deudor; el acreedor nada tiene que probar para exigir responsabilidad en caso de incumplimiento; por el contrario, cuando la obligación es de pura diligencia, será el acreedor quien tendrá que demostrar la negligencia del deudor para alegar su incumplimiento y derivar las consecuencias propias de este incumplimiento.

³⁵ HUERTA VIESCA, M. I., *La responsabilidad bancaria en el contrato de caja de seguridad*, Valencia, 2003, p. 403, señala que la referida dificultad probatoria no es sino el “contrapunto” al beneficio que el cliente obtiene gracias al secreto que le proporciona el contrato.

de raíz la posibilidad que el usuario del servicio tiene de acreditar el contenido de la caja, lastrado como está por la confidencialidad que caracteriza al contrato. La insuficiencia de las soluciones apuntadas se deriva de que su aplicación práctica conlleva, bien una sujeción a la declaración de valor que, de forma unilateral, realiza el cliente, bien una absoluta irresponsabilidad del banco, lo que comporta, en cualquier caso, un patente desequilibrio.

El complejo problema de la prueba del daño podría solucionarse de la mano de la instauración normativa de una compensación mínima cuantiosa en caso de ruptura de la integridad de la caja. La intrínseca dificultad de la prueba, la habitual magnitud del daño y la propia naturaleza del contrato, que propicia la absoluta excepcionalidad del supuesto de hecho, justificarían la realización de tal esfuerzo legislativo. Además, dado el valor que el secreto tiene en la relación contractual, la simple apertura irregular de la caja evidenciaría la existencia de un primer perjuicio para cliente, por lo que, en todo caso, se contaría con un daño que sí se encuentra “acreditado”, como es la vulneración del secreto y la confidencialidad que la entidad de crédito se había comprometido a garantizar.

La evidencia de una caja vacía o simplemente abierta supone, de mano, la existencia de un perjuicio cierto para el cliente. Tal perjuicio podrá ir desde la constatación, en el mejor de los casos, de que el interior se encontraba ya vacío, aspecto que podrá generar daño moral en según qué personas, hasta la develación de la naturaleza de los bienes que aún se encuentran en el habitáculo (violación “directa” del secreto). Incluso se podría materializar en la necesidad de hacer pública, en la denuncia pertinente, la “identidad” de todos y cada uno de los objetos que se encontraban en el habitáculo y que han desaparecido (violación “indirecta” del secreto), obviándose que si se hallaban en tal receptáculo era fundamentalmente para mantenerlos al margen de ese conocimiento público. De hecho, la doctrina comete el frecuente error de circunscribir la responsabilidad del banco al valor material de los objetos desaparecidos,³⁶ negando toda posibilidad de indemnización

³⁶ Cuando es obvio que, en la cuantificación del daño, habría de incluirse, dada la norma civil general, tanto el lucro cesante (especialmente relevante en el supuesto de que el afectado dedicara la caja a albergar bienes que le sirviesen para su actividad profesional o empresarial) en caso de ser acreditado, en el supuesto de que se tratase de numerario, los intereses que esa suma hubiese devengado desde la fecha del robo. En el mismo sentido HUERTA VIESCA, M. I., *op. cit.*, pp. 427 y 428 y, en relación con la procedencia de computar el lucro cesante aunque matizándolo cuando el cliente tenga la consideración de consumidor, en cuyo caso nunca procedería, QUICIOS MOLINA, S., *El contrato bancario de cajas de seguridad*, Pamplona, 1999, pp. 179 y 180. Algunos bancos, conscientes de esta posibili-

por daños morales al usuario, sin darse cuenta de que una parte fundamental de la función económica del contrato de cajas de seguridad, reside en el atractivo que el secreto proporciona de cara a guardar bienes, cuyo valor es únicamente sentimental o, incluso, puramente estratégico o político.³⁷

dad, intentan limitar su responsabilidad acotando el concepto indemnizatorio con curiosas cláusulas como la que sigue: “[...] en el caso de que, por cualquier motivo, la compañía de seguros o, en su caso, el Banco, vinieran obligados a satisfacer una indemnización al/los usuarios, ésta será fijada en función del daño objetivamente producido, exclusión hecha del perjuicio moral y lucro cesante”. Condición quinta, letra h, del contrato utilizado por el *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*.

³⁷ En nuestra opinión no cabe duda de que la indemnización a satisfacer por la entidad de crédito, habría de comprender los daños morales causados al cliente, especialmente en aquellos supuestos en que el valor material del objeto es ciertamente escaso como para tenerlo cobijado en una caja de seguridad, lo que vendría a demostrar, indirectamente, que los motivos que mueven a su propietario para tenerlo allí custodiado son otros distintos a los puramente económicos. También el hecho de que el bien, al margen de su relevante valor material, haya pertenecido durante generaciones a la familia del cliente o cuente con representaciones gráficas o escritas que tengan que ver con la vida del mismo, suponen elementos a favor de apreciar la existencia de un valor sentimental que, obviamente, habrá de compensarse en sus debidos términos. En este sentido se manifiesta HUERTA VIESCA, M. I., *op. cit.*, pp. 428 a 432, quien, tras afirmar que el daño al contenido de una caja de seguridad provoca al titular de la misma un perjuicio no sólo a sus intereses económicos sino también a sus “derechos de la personalidad”. En derecho comparado existen discrepancias en torno al tema: en Italia, hay serias dificultades para obtener resarcimiento por daño moral, dado el tenor literal del artículo 3 de las NBU (*...escluso ogni apprezzamento del valor di affezione...*) y la tesis del *Codice Civile*, que limita la reparación por daño moral a aquellos casos expresamente recogidos en la ley; en Alemania el parágrafo 253 de la *BGB* se pronuncia básicamente en los mismos términos. Sin embargo, en Francia, ya se mostraba favorable a la inclusión de semejante concepto VALERY, J. *Traité de la location des cofres-forts*, París, 1926, pp. 89 y 90, existiendo decisiones judiciales en tal sentido como la explicitada por la sentencia del *Tribunal d’Instance de Saint Etienne Canton Sud Est* de 19 de marzo de 1996 (citada por HUERTA VIESCA, M. I., *op. cit.*, p. 432, npp. 133), que concede al cliente perjudicado una indemnización de 1000 francos en concepto de daños morales ocasionados por la pérdida de ciertos documentos y fotografías que se encontraban ubicados en el interior del compartimento. Asimismo, en Portugal, la legislación civil es mucho menos restrictiva que la italiana y la alemana, como se evidencia con el tenor literal del artículo 496.1 del Código Civil Portugués: *Na fixação da indemnização deve atender-se aos danos não patrimoniais que, pela sua gravidade, mereçam a tutela do direito*, y es reforzado, en el caso de que el usuario de la caja sea considerado consumidor *strictu sensu*, por el artículo 12.4 de la *Lei 24/96 de 31 de Julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores*, que señala que “*sem prejuízo do disposto no número anterior (plazos de caducidad), o consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos*. En la jurisprudencia española también ha habido ya pronunciamientos favorables

Tan es así que, en nuestra opinión, no sería infrecuente encontrarnos con supuestos en los que el titular de la caja, una vez forzada ésta, omite conscientemente la presencia en la misma de determinados bienes aún a costa de no percibir compensación alguna por su pérdida, prefiriendo seguir manteniendo la reserva en torno a los mismos antes que una eventual indemnización, por lo que habría que sumar a los tradicionales daños materiales, en este caso concreto, uno intangible que justificaría, por sí solo, la atribución de un valor específico al secreto, como objetivo abstracto pero esencial al contrato que ahora nos ocupa.³⁸

a admitir como resarcible, en caso de robo de cajas de seguridad, el valor sentimental que el cliente daba a los bienes sustraídos; así, la SAP de Huelva, sección 1ª, de 5 de junio de 2002 (*JUR* 2002/269513):

No habiendo desarrollado la parte demandante actividad probatoria alguna en ese sentido, debe partirse del precio de adquisición de las joyas, es decir, el de 3.953.928 pesetas, si bien debe aceptarse, a la vista del número y antigüedad de los objetos, así como su procedencia y el valor sentimental que, sin duda, alguna de las piezas tendría para la demandante, incrementar, tal y como se solicita en la demanda, el importe en un 10% en concepto de daño moral, de lo cual resulta una cantidad definitiva de 4.349.321 pesetas.

³⁸ HUERTA VIESCA, M. I., *op. cit.*, pp. 432 y 433 también, es partidaria de cuantificar la ruptura del secreto dentro del montante total de la indemnización a satisfacer por la entidad de crédito, conceptuándola como uno más de los daños morales que se le infligen al cliente a consecuencia de la apertura ilegítima de la caja de seguridad.